



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2013

Aktuelle Entwicklungen im Verwaltungsrecht

Uhlmann, Felix

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-87501>

Book Section

Originally published at:

Uhlmann, Felix (2013). Aktuelle Entwicklungen im Verwaltungsrecht. In: Furrer, Andreas. Aktuelle Anwaltspraxis 2013 = La pratique de l'avocat 2013. Bern: Stämpfli, 981-993.

Aktuelle Entwicklungen im Verwaltungsrecht

Felix Uhlmann*

Inhaltsverzeichnis

Vorbemerkung	981
I. Abgrenzung Privatrecht – öffentliches Recht	981
II. Verwaltungsrechtliche Grundprinzipien	983
III. Form der Verfügung	986
IV. Verwaltungssanktionen	986
V. Dienstrecht	987
VI. Auslagerung und Dezentralisierung	989
VII. Amtshilfe	990
VIII. Abgaberecht	991
IX. Prozessrecht	991

Vorbemerkung

Für die Entwicklung des Allgemeinen Verwaltungsrechts sind in erster Linie Gerichtsentscheide von Bedeutung. Die vorliegende Auswahl beschränkt sich auf einige wichtige Bundesgerichtsentscheide.

I. Abgrenzung Privatrecht – öffentliches Recht

Zertifizierungen und Akkreditierungen sind neuere Begriffe mit unklarem verwaltungsrechtlichem Inhalt. Das Grundkonstrukt ist darauf ausgelegt, dass sich Private, meist Teilnehmerinnen und Teilnehmer im wirtschaftlichen Wettbewerb, ein bestimmtes Verhalten von einer Zertifizierungsstelle bestätigen lassen, die ihrerseits ihre Tätigkeit (Konformitätsbewertung) bei einer staatlichen Stelle akkreditieren lässt¹. Das Bundesgericht hatte in

* Prof. Dr. iur., LL.M., Advokat, Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht sowie Rechtsetzungslehre, Universität Zürich; eine (gekürzte) Fassung dieses Beitrages wird auch in der SJZ erscheinen. Herrn lic.iur. Ioannis Athanasopoulos danke ich bestens für die kompetente Durchsicht des Textes und die Bearbeitung der Fussnoten.

¹ Das Bundesgesetz über die technischen Handelshemmnisse vom 6. Oktober 1995 (THG, SR 946.51) definiert die Begriffe «Konformität», «Konformitätsbewertung»,

BGE 138 II 134 einen Streit zwischen einer AOC-Gruyère Käseproduzentin und der Interkantonalen Zertifizierungsstelle (IZS) zu beurteilen. In der Sache ging es um Beanstandungen bei Kontrollen der Zertifizierungsstelle. Umstritten war die Zuordnung der Rechtsbeziehung zum privaten oder zum öffentlichen Recht.

Das Bundesgericht näherte sich dem Fall mittels der drei geläufigen Abgrenzungstheorien zwischen öffentlichem und privatem Recht (Interessentheorie, Funktionstheorie, Subordinationstheorie). Es bestätigte seine Haltung², dass keiner der Theorien ein Vorrang gebühre, sondern im Einzelfall die geeignetste Theorie anzuwenden sei:

«Il convient bien plutôt d'examiner dans chaque cas particulier quel critère de distinction est le plus approprié aux circonstances concrètes. Il faut en effet garder à l'esprit que la délimitation entre droit privé et droit public répond à des fonctions totalement différentes suivant les nécessités de la réglementation en cause et, notamment, selon les conséquences juridiques pouvant en découler dans chaque affaire; ces exigences ne peuvent pas être théoriquement réunies en un seul critère distinctif qui ferait définitivement autorité, mais requièrent au contraire une approche modulée et pragmatique [...]»³.

Das Bundesgericht befand, das AOC-System diene eher öffentlichen Interessen, sei aber insgesamt nicht eindeutig⁴. Ausführlich beschäftigte sich das Bundesgericht mit der Frage, ob die Zertifizierungsstelle eine öffentliche Aufgabe erfülle. Dafür sprach nach Meinung des Bundesgerichts, dass die Rechtsbeziehungen der Zertifizierungsstellen zur Akkreditierungsstelle dem öffentlichen Recht zuzurechnen sind, dass die Zertifizierungsstelle durch staatliche Stellen überwacht wird, dass gewisse Mindestanforderungen der Kontrollen auf Verordnungsstufe geregelt waren und weitere Bestimmungen ebenfalls Teil staatlichen Rechts waren («[...] également un caractère de droit public [...]»)⁵. Da aber mit der Akkreditierung keinerlei Hoheitsbefugnisse übergingen («[...] l'accréditation n'emporte le transfert d'aucune compétence relevant de la puissance publique aux organismes accrédités [...]»)⁶, war die

«Konformitätsbescheinigung», «Konformitätserklärung» und «Konformitätszeichen» (Art. 3 lit. g-l THG). Die Akkreditierung wird als «[...] die formelle Anerkennung der Kompetenz einer Stelle, bestimmte Prüfungen oder Konformitätsbewertungen durchzuführen» umschrieben (Art. 3 lit. o THG). Vgl. auch die Verordnung über das schweizerische Akkreditierungssystem und die Bezeichnung von Prüf-, Konformitätsbewertungs-, Anmelde- und Zulassungsstellen vom 17. Juni 1996 (Akkreditierungs- und Bezeichnungsverordnung, AkkBV, SR 946.512).

² Wie zuvor etwa in den BGE 137 II 399; BGE 132 I 270; BGE 132 III 470.

³ BGE 138 II 134, E. 4.1 S. 138.

⁴ Zu diesem Schluss kam das Bundesgericht, nachdem es für den zu beurteilenden Fall die modale Theorie als die geeignetste Methode ausmachte, vgl. hiernach Fn 10.

⁵ BGE 138 II 134, E. 4.3.9 S. 149.

⁶ BGE 138 II 134, E. 4.3.9 S. 150.

Zuordnung nach Meinung des Bundesgerichts nicht eindeutig; der Gesetzgeber war in diesem Zusammenhang eher von einer privaten Betätigung der Zertifizierungsstellen ausgegangen⁷.

Bei der Frage der Subordination sah das Bundesgericht verschiedene Elemente eines Ungleichgewichts zugunsten der Zertifizierungsstelle⁸ – was allerdings auch in einem privatrechtlichen Rechtsverhältnis der Fall sein kann.

Insgesamt war nach Meinung des Bundesgerichts die Zuordnung nach Interessentheorie, Funktionstheorie und Subordinationstheorie nicht eindeutig⁹. Es wandte deshalb die – lange nicht mehr verwendete – modale Theorie an¹⁰. Entscheidend sei dabei, «[...] si la violation d'une norme a des effets de droit privé ou de droit public pour en déterminer la nature juridique»¹¹. Dieser Ansatz führte das Bundesgericht zu einer Zuordnung zum öffentlichen Recht, da die Beschränkung des Marktzugangs auf öffentlichem Recht basiere. Im Ergebnis war dementsprechend (doch) von einer Übertragung einer öffentlichen Aufgabe auszugehen, welche sich vorliegend auf Art. 180 LWG stützen konnte¹².

II. Verwaltungsrechtliche Grundprinzipien

BGE 138 I 378 (GlarnerSach) ist vor allem in wirtschaftsverfassungsrechtlicher Hinsicht ein wichtiger Entscheid¹³. Er enthält allerdings auch für das

⁷ BGE 138 II 134, E. 4.3.9 S. 150.

⁸ So hat die Zertifizierungsstelle erhebliche – grundsätzlich staatlichen Stellen («[...] d'importantes prérogatives qui sont en principe réservées à l'Etat [...]») vorbehaltene – Vorrechte wie etwa ungehinderten Zutritt zu den Unternehmen, Einsicht in Unterlagen, das Recht zur Entnahme von Proben sowie zur Durchführung unerwarteter Kontrollen; weiter steht ein Sanktionssystem zur Verfügung, welches im Entzug der Zertifizierung münden kann (BGE 138 II 134, E. 4.4.3 S. 153 f.).

⁹ BGE 138 II 134, E. 4.6 S. 157.

¹⁰ BGE 138 II 134, E. 4.6 S. 157: «Au final, le critère modal [...] est le plus approprié pour déterminer la nature juridique [...]».

¹¹ BGE 138 II 134, E. 4.5.1 S. 155.

¹² BGE 138 II 134, E. 5.2 S. 159.

¹³ Bei BGE 138 I 378 war der Ausgangspunkt der zugrundeliegenden Streitigkeit die Änderung des Sachversicherungsgesetzes des Kantons Glarus, welches der Kantonalen Sachversicherung Glarus (GlarnerSach) – einer kantonalen öffentlich-rechtlichen Anstalt – erlaubt, ihre Tätigkeit (Gebäudeversicherungs-Monopol) auf den Wettbewerb mit privaten Versicherungsgesellschaften auszuweiten. Vgl. zur wirtschaftsverfassungsrechtlichen Problematik etwa BIAGGINI GIOVANNI, Bemerkungen zum Urteil des BGer 2C_485/2010 vom 3. Juli 2012, ZBl 113/2012, S. 665-674; HETTICH PETER, Urteilsbesprechung Urteil des BGer 2C_485/2010 vom 3. Juli 2012, AJP 2012, S. 1467-1471; KRAEMER RAPHAEL/STÖCKLI ANDREAS, Grenzenlose Staatswirtschaft? Bemerkungen zum Bundesgerichtsurteil «GlarnerSach» vom 3. Juli 2012, recht 2013, S. 28-45.

Allgemeine Verwaltungsrecht interessante Passagen. Die Ausführungen zu Legalitätsprinzip, öffentlichem Interesse und Verhältnismässigkeit sind alles andere als selbstverständlich.

Beim Legalitätsprinzip fällt auf, dass das Bundesgericht dieses als selbständigen Beschwerdegrund zulässt¹⁴ – während es in anderen Entscheiden die Berufung auf das Legalitätsprinzip «[...] nur im Zusammenhang mit der Verletzung des Grundsatzes der Gewaltentrennung, der Rechtsgleichheit, des Willkürverbots oder eines speziellen Grundrechts [...]»¹⁵ zugelassen hat. Ob dies vorliegend dem grundrechtlichen Zusammenhang (Art. 27 BV) oder dem Kontrollverfahren (abstrakte Normenkontrolle) geschuldet ist, bleibt offen.

Bei öffentlichem Interesse und Verhältnismässigkeit ist bemerkenswert, dass das Bundesgericht diese rechtsstaatlichen Prinzipien klar von ihrer Bedeutung bei Grundrechtsprüfungen abhebt:

«Da es vorliegend nicht um einen Eingriff in die individualrechtliche Wirtschaftsfreiheit geht [...], beurteilen sich das öffentliche Interesse und die Verhältnismässigkeit nicht nach Art. 36 Abs. 2 und 3 BV, sondern nach Art. 5 Abs. 2 BV. Dies hat materiellrechtliche und prozessuale Konsequenzen: Im Bereich von Grundrechtseinschränkungen muss das öffentliche Interesse das entgegenstehende Grundrechtsinteresse überwiegen, was vom Bundesgericht im Beschwerdefall – ebenso wie die Verhältnismässigkeit – frei überprüft wird [...]. Demgegenüber genügt nach Art. 5 Abs. 2 BV grundsätzlich jedes öffentliche Interesse; verlangt wird nur, dass die staatliche Tätigkeit nicht ausschliesslich privaten Interessen dient [...]. Zudem wird die Einhaltung der Grundsätze von Art. 5 Abs. 2 BV ausserhalb von Grundrechtseingriffen im Zusammenhang mit kantonalem Recht vom Bundesgericht nur auf Willkür hin überprüft [...]»¹⁶.

In der Sache kommen insgesamt «milde» Prüfungsmassstäbe zur Anwendung – ob dies allgemein gelten soll oder mindestens auch eine Folge der abstrakten Normenkontrolle ist, bleibt wiederum unsicher.

Beim öffentlichen Interesse lässt das Bundesgericht offen, ob rein fiskalische Interessen eine staatliche Wirtschaftstätigkeit rechtfertigen könnten, denn «[w]ie hiervor aufgezeigt, hat die Ausweitung der Geschäftstätigkeit der Glarnersach nicht zum Zweck, staatliche Mittel zu beschaffen, sondern sie

¹⁴ BGE 138 I 378, E. 7 S. 390 f.; das Legalitätsprinzip gilt grundsätzlich als Verfassungsgrundsatz und wird nur im Abgabe- und Strafrecht als selbständiges verfassungsmässiges Recht angesehen (vgl. zum Abgaberecht etwa BGE 136 I 142, E. 3.1 S. 145; vgl. ferner zum Strafrecht BGE 118 Ia 137, E. 1c S. 139.).

¹⁵ BGE 129 I 161, E. 2.1 S. 163; vgl. auch Urteile des BGer 2C_214/2007 vom 11. Dezember 2007 E. 4.1 und 1C_406/2008 vom 5. Februar 2009 E. 1.2.3 sowie BGE 134 I 322, E. 2.1 S. 326.

¹⁶ BGE 138 I 378, E. 8.2 S. 393.

erfolgt aus betriebswirtschaftlichen Überlegungen [...]»¹⁷. An der entsprechenden Stelle führt das Gericht aus, der kantonale Gesetzgeber wolle «[...] Risiken und Kosten besser [...] verteilen [...]»¹⁸. Die Differenzierung zwischen «fiskalisch» und «betriebswirtschaftlich» erscheint reichlich beckmesserisch. Sie dürfte kaum dazu beitragen, den ohnehin schwierigen Begriff der fiskalischen Interessen besser zu verstehen und ihn verwaltungsrechtlich zutreffend einzuordnen.

Auf grosses Interesse ist erwartungsgemäss BGE 138 II 346 in Sachen Google Street View gestossen¹⁹. Der Entscheid ist verwaltungsrechtlich interessant, weil es im Kern des Entscheides um die Frage geht, was ein öffentliches Interesse ist. Das Bundesverwaltungsgericht²⁰ hat die Interessen von Google im Wesentlichen als wirtschaftlich qualifiziert; eine Persönlichkeitsverletzung konnte nicht gerechtfertigt werden (vgl. Art. 13 Abs. 1 DSG, wonach eine Persönlichkeitsverletzung widerrechtlich ist, wenn sie nicht durch Einwilligung des Verletzten, durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt ist)²¹. Das Bundesgericht ist gegenüber Google grosszügiger und hält fest:

«Es ist offensichtlich, dass Street View seit seiner Einführung für einen erheblichen Teil der Bevölkerung die Suche nach Informationen über den öffentlichen Raum erleichtert und insofern ein willkommenes, legitimes Hilfsmittel etwa bei der Reiseplanung, der Suche nach einer Liegenschaft oder der Erkundung unbekannter Örtlichkeiten darstellt. In diesem Sinne ergänzt der Dienst die Orientierung mittels Stadtplänen oder Landkarten, die auch im Internet konsultiert werden können. Allfällige unlautere Absichten gewisser Nutzer stellen die grundsätzlich positiven Aspekte der mit Street View eröffneten Orientierungshilfen nicht infrage. Das beschriebene Interesse an der Nutzung von Street View ist in der Interessenabwägung zu berücksichtigen»²².

Das Bundesgericht lässt die verfassungsrechtliche oder gesetzliche Grundlage des öffentlichen Interesses letztlich offen. Der bereits offene Begriff des öffentlichen Interesses wird dadurch nochmals erweitert. Es mag allerdings

¹⁷ BGE 138 I 378, E. 8.6.2 S. 397.

¹⁸ BGE 138 I 378, E. 8.5 S. 395.

¹⁹ Vgl. etwa «Wer hat gewonnen», «Handarbeit nur auf Verlangen – Bundesgericht gibt Google in zentralem Streitpunkt um Datenschutz auf Street View recht» sowie «Etwas Freiheit verloren», alle in NZZ Nr. 132 vom 9. Juni 2012, S. 11.

²⁰ BVGE A-7040/2009.

²¹ BVGE A-7040/2009 E. 10.4.6.

²² BGE 138 II 346, E. 10.6.1 S. 366 f.

sein, dass die Ausführungen des Bundesgerichts auch dem doch sehr aussergewöhnlichen Fall geschuldet sind²³.

III. Form der Verfügung

Eine nicht unterschriebene Verfügung ist mangelhaft, aber nicht in jedem Fall nichtig. So wurde durch die Rechtsprechung etwa festgelegt, dass die Unterschrift bei Massenverfügungen, welche mittels automatischer Datenverarbeitungsanlagen verfasst werden (wie dies etwa im Sozialversicherungsrecht vorkommt), kein Gültigkeitserfordernis darstellt²⁴.

In BGE 138 II 501 musste sich das Bundesgericht mit einer nicht unterschriebenen Verfügung, der ein – auf das Gesetz gestützter – vorsorglicher Führerausweisenzug voranging, auseinandersetzen. Interessant ist dabei, dass das Bundesgericht die Annahme von Nichtigkeit unter den ausdrücklichen Vorbehalt der öffentlichen Sicherheit – hier die Sicherheit im Strassenverkehr – stellte: «Zudem erscheint es aus Gründen der Verkehrssicherheit ausgeschlossen, Nichtigkeit anzunehmen mit der Folge, dass dem Beschwerdeführer der Ausweis wieder ausgehändigt werden müsste, bevor feststeht, dass die negative Beurteilung seiner Fahreignung durch den Verkehrsexperten im Rechtsmittelverfahren keinen Bestand hat»²⁵.

IV. Verwaltungssanktionen

Die Grenze zwischen verwaltungsrechtlichen und strafrechtlichen Sanktionen ist unscharf, materiell und prozessual aber von erheblicher Bedeutung²⁶. In

²³ Darauf deutet auch folgende, sicher bemerkenswerte Aussage des Bundesgerichts hin: «Bei einer gesamthaften Abwägung der verschiedenen Interessen ist auch zu beachten, dass angesichts der in der heutigen Gesellschaft faktisch bestehenden Einbindung von Personendaten in die soziale Realität nicht ein totaler Schutz vor einer unbefugten Bildveröffentlichung gewährleistet werden kann.» (BGE 138 II 346, E. 10.6.6 S. 372).

²⁴ Vgl. etwa BGE 112 V 87, E. 1.

²⁵ BGE 138 II 501, E. 3.2.3 S. 505. Dem Beschwerdeführer wurde die Beurteilung unmittelbar nach der Testfahrt durch den Experten mitgeteilt und begründet. Das Bundesgericht qualifizierte die umstrittene Entzugsverfügung der zuständigen Behörde als blossen «[...] Nachvollzug der vom Experten getroffenen Entscheidung [...]» (E. 3.2.3).

²⁶ So ist etwa in einem Verwaltungsverfahren eine Doppelfunktion (untersuchende und rechtsprechende Behörde) unproblematisch und gilt als Normalfall – so etwa im geltenden Kartellrecht; hingegen stellt eine solche in einem Strafprozess einen «[...] elementare[n] Verstoß gegen die Verfahrensfairness [dar]» (UHLMANN FELIX, Verfahrensrecht, namentlich Melde- und Widerspruchsverfahren, in: Zäch Roger/Weber Rolf H./Heinemann Andreas [Hrsg.], Revision des Kartellgesetzes, Kritische

BGE 138 I 367 hatte das Bundesgericht die Sanktion gemäss einem kantonalen Beschaffungsgesetz zu beurteilen. Der Submittent wurde vom Kanton zu einer Busse von über CHF 60'000.- verurteilt, weil sein Unterakkordant gegen ausländerrechtliche Bestimmungen verstossen hatte. Das Bundesgericht beurteilte die Busse, die gemäss Gesetz noch viel höher hätte ausfallen können, als Strafe i.S.v. Art. 7 EMRK²⁷. Trotz Strafcharakter führte der Weg im vorliegenden Fall über eine Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ans Bundesgericht²⁸. In der Sache erachtete das Bundesgericht die gesetzliche Grundlage als genügend. Die einschlägige Bestimmung sei zwar in der Tat eine «Blankettnorm», aber: «De telles normes sont fréquentes parmi les dispositions pénales des lois spéciales et en principe admissibles sous l'angle constitutionnel (ATF 106 Ia 100 consid. 7a p. 106 s.; ATF 98 Ia 356 consid. 3a p. 360)»²⁹. Der Verweis auf Entscheide des Bundesgerichts, die über dreissig Jahre alt sind, erscheint etwas gar selbstverständlich.

V. Dienstrecht

Das Verhältnis zwischen kantonalem Personalrecht und Obligationenrecht ist teilweise unsicher; meist kommt das Bundesprivatrecht subsidiär zur Anwendung. In BGE 138 I 232 hat das Bundesgericht bestätigt, dass der kantonale Gesetzgeber grundsätzlich von den Minimalgarantien des OR abweichen darf (konkret ging es um die Ferienentschädigung). Offen bleibt, ob der kantonale Gesetzgeber *insgesamt* schlechtere Arbeitsbedingungen vorsehen könnte. Das Bundesgericht lässt Korrekturen seinerseits offen, wenn es formuliert: «Cependant, comme on l'a vu, le droit de la fonction publique peut comporter des contraintes plus sévères *sur certains points* [...]. Par ailleurs, le recourant ne prétend pas qu'un examen comparatif lui serait défavorable dans le cas concret».³⁰

Während eine fristlose Kündigung im privaten Arbeitsrecht innerhalb weniger Tage ausgesprochen werden muss, kann sich der öffentliche-rechtliche

Würdigung der Botschaft 2012 durch Zürcher Kartellrechtler, Zürich/St. Gallen 2012, S. 163 f. m.w.H.).

²⁷ «En l'espèce, bien que la présente affaire doive être considérée, sous l'angle de l'art. 82 LTF, comme une cause de droit public, la quotité de l'amende infligée à la recourante, soit 61'219 fr., dont le montant maximal aurait pu s'élever à 1'137'899 fr., justifie que l'infraction définie à l'art. 14a LMP/VD soit qualifiée de pénale au sens des art. 6 et 7 CEDH.» (BGE 138 I 367, E. 1.3 S. 372).

²⁸ Vgl. dazu BGE 138 I 367, E. 5 S. 372.

²⁹ BGE 138 I 367, E. 5.5 S. 375.

³⁰ BGE 138 I 232, E. 7.2 S. 241 (Hervorhebung nur hier); zum privatrechtlichen Minimalstandard für den öffentlich-rechtlichen Arbeitgeber vgl. UHLMANN FELIX, Aktuelle Problemstellungen im Verwaltungsrecht, in: Furrer Andreas (Hrsg.), Aktuelle Anwaltspraxis 2011, Bern 2011 (elektronische Publikation), S. 873 f.

Arbeitgeber dafür mit Blick auf die Besonderheiten des öffentlichen Dienstrechts (Verfahrensvorschriften, Risiken ungerechtfertigter Kündigung) etwas mehr Zeit lassen. Das Bundesgericht hat in BGE 138 I 113 seine bisher unpublizierte³¹ Rechtsprechung bekräftigt und verdeutlicht. Im genannten Fall wurde die fristlose Kündigung eines Lehrers einen Tag nach einer Unterredung beschlossen, diesem drei Tage nach dem Beschluss mitgeteilt und 30 Tage nach dem Beschluss mittels begründeter Kündigungsverfügung eröffnet.

Für öffentlich-rechtliche Arbeitsverträge in Spitälern erscheint BGE 138 I 356 von einiger Brisanz. Die Überzeit der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter darf nicht mittels Honorarpools entschädigt werden. Im konkreten Fall wollte das Spital einem Oberarzt die geleistete Überzeit mit den ausbezahlten Honoraren verrechnen, welche primär als Leistungsprämie konzipiert sind³². Art. 13 Abs. 1 ArG ist aber zwingend und darf nicht durch Sonderleistungen abgegolten werden, denn «[w]äre es zulässig zu vereinbaren, die Entschädigung für Überzeitarbeit sei im Lohn bereits enthalten oder durch gewisse Sonderleistungen pauschal entschädigt, bestünde für den Arbeitgeber keinerlei Anreiz, auf Überzeitarbeit zu verzichten oder die geleistete Überzeit mit Freizeit auszugleichen [...]»³³.

In BGE 138 I 321 schützte das Bundesgericht die mindere Bezahlung der Richterinnen und Richter am Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, vor allem wohl deswegen, weil das Sozialversicherungsgericht seltener als Rechtsmittelinstanz entscheidet³⁴. Über den Einzelfall hinaus ist der Entscheid möglicherweise insofern von Bedeutung, als das Bundesgericht den grossen Spielraum kantonaler Behörden in Besoldungsfragen unterstreicht³⁵.

³¹ Vgl. den Hinweis auf diese in BGE 138 I 113, E. 6.4.1 S. 119.

³² BGE 138 I 356, E. 5.3 S. 360.

³³ BGE 138 I 356, E. 5.4.5.1 S. 364.

³⁴ Und aus diesem Grund «[...] bestehe in funktionaler Hinsicht ein gewichtiger Unterschied zwischen den drei obersten kantonalen Gerichten, welcher erheblich genug sei, um eine lohnmassig tiefere Einstufung der Mitglieder des Sozialversicherungsgerichts gegenüber jenen des Ober- und des Verwaltungsgerichts sachlich zu rechtfertigen.» (BGE 138 I 321, E. 5.1 S. 326).

³⁵ So hält das Bundesgericht fest, dass «[d]en politischen Behörden [...] bei der Ausgestaltung der Besoldungsordnung ein grosser Spielraum zu[steht]. Innerhalb der Grenzen des Willkürverbots und des Rechtsgleichheitsgebots sind sie befugt, aus der Vielzahl denkbarer Anknüpfungspunkte die Tatbestandsmerkmale auszuwählen, die für die Einteilung und Besoldung massgebend sein sollen, und damit festzulegen, welche Kriterien eine Gleich- bzw. eine Ungleichbehandlung rechtfertigen.» (BGE 138 I 321, E. 3.3 S. 324).

VI. Auslagerung und Dezentralisierung

Der Begriff der öffentlichen Aufgabe und die sich daraus ergebende Grundrechtsbindung (Art. 35 Abs. 2 BV) bleibt ein Schlüsselthema aktueller verwaltungsrechtlicher Fragestellungen. Das Bundesgericht hatte sich in zwei resp. drei Entscheidungen mit der Frage zu beschäftigen:

In einem früheren Entscheid hat das Bundesgericht die Rechtsnatur des Verhältnisses von Kunden zur Registerbetreiberin für die Domain «.ch» (SWITCH) als privatrechtlich eingestuft³⁶. Diese Zuordnung ist mit Blick auf die Funktionen von SWITCH als mindestens diskutabel anzusehen³⁷. In BGE 138 I 289 hat das Bundesgericht nun klargestellt, dass SWITCH «[...] für die Domain '.ch' eine öffentliche Aufgabe aus[übt] und [...] insofern an die Grundrechte gebunden [ist]»³⁸. Keine Grundrechtsbindung (sondern Grundrechtsberechtigung) gilt aber nach Meinung des Bundesgerichts im Wettbewerbsbereich (Anbieten von Internetdienstleistungen)³⁹. Wie im Entscheid GlarnerSach⁴⁰ sind ungerechtfertigte Wettbewerbsvorteile in diesem Bereich zu vermeiden: «Allfälligen Wettbewerbsverzerrungen, die sich daraus ergeben könnten, dass die Beschwerdeführerin daneben eine öffentliche Aufgabe erfüllt, ist mit einer Trennung der Geschäftsbereiche und wettbewerbsrechtlichen Mitteln zu begegnen [...]»⁴¹.

Ein prominenter Fall (BGE 138 I 274) betrifft das Verbot der SBB, in Bahnhöfen politische Werbung zu betreiben. Entscheidend war wiederum die Frage, ob die SBB dabei eine öffentliche Aufgabe wahrnehmen. Für das Bundesgericht war klar, dass die SBB im Transportbereich mit einer öffentlichen Aufgabe betraut sind⁴². Dazu brauchen sie geeignete Sachmittel. Deren Nutzung – und vorliegend auch die ausserordentliche Nutzung – untersteht öffentlichem Recht⁴³. Lesenswert ist insbesondere auch das folgende Zitat: «Aus der Möglichkeit kommerziell tätig zu sein, folgt nicht abstrakt, dass es sich um eine zivilrechtliche Angelegenheit handelt [...]»⁴⁴.

Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang der bereits angesprochene⁴⁵ BGE 138 II 134 (AOC-Zertifizierung). Darin äusserte sich das Bundesgericht auch zum Begriff der öffentlichen Aufgabe und umschrieb diese abstrakt wie

³⁶ BGE 131 II 162, E. 2.4 S. 167.

³⁷ Die Adressierungselemente (wozu die Domain «.ch» zählt) müssen nach Art. 28 Abs. 1 FMG durch das Bundesamt für Kommunikation verwaltet werden.

³⁸ BGE 138 I 289, E. 2.3 S. 292.

³⁹ BGE 138 I 289, E. 2.8.1 S. 294.

⁴⁰ BGE 138 I 378, E. 9 S. 398 ff.

⁴¹ BGE 138 I 289, E. 2.8.1 S. 294.

⁴² BGE 138 I 274, E. 1.4 S. 278.

⁴³ BGE 138 I 274, E. 1.4 S. 279.

⁴⁴ BGE 138 I 274, E. 1.4 S. 279.

⁴⁵ Vgl. vorne unter Kap. I. Abgrenzung Privatrecht – öffentliches Recht.

folgt: «Les tâches publiques sont déterminées par la Constitution et les lois et procèdent d'un choix politique [...]»⁴⁶.

Neben dem Begriff der öffentlichen Aufgabe kann auch streitig sein, in welcher Form die Übertragung einer Verwaltungsaufgabe geregelt sein muss bzw. erfolgen kann. Die Lehre fordert dafür grundsätzlich eine gesetzliche Grundlage, welche die Grundzüge der Art der Aufgabenerfüllung regelt⁴⁷. Das Bundesgericht hat diese Auffassung für Übersetzungsaufgaben im Kanton Genf bestätigt: «En revanche, si le canton choisit de déléguer une tâche de l'Etat à des services extérieurs à l'administration, cette délégation et ses modalités doivent être prévues dans une loi formelle. Au niveau de la Confédération, une telle obligation découle de l'art. 178 al. 3 Cst. [...]; cette disposition constitutionnelle reflète toutefois un principe général du droit public qui exige qu'un acte de décentralisation administrative, de même que toute délégation de l'exercice de pouvoirs de puissance publique à des tiers reposent sur une base légale formelle suffisamment précise, dès lors qu'ils portent atteinte à l'unité organique de l'administration et constituent une entorse au monopole de l'Etat [...]»⁴⁸.

VII. Amtshilfe

Für die Datenbearbeitung und -weitergabe im Rahmen der Amtshilfe bestehen trotz (oder wegen) einem erheblichen Ausbau der kantonalen Datenschutzgesetzgebung grosse Unsicherheiten. Eine Revision des bernischen Sozialhilfegesetzes gab dem Bundesgericht Gelegenheit für einige Klarstellungen. Es hat insbesondere die Möglichkeit zum Grundrechtsverzicht⁴⁹, das Anzeigerecht der Behörden⁵⁰ sowie Erkundigungen bei Dritten⁵¹ allesamt

⁴⁶ BGE 138 II 134, E. 4.3.1 S. 141.

⁴⁷ Vgl. statt vieler HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, N 1509.

⁴⁸ BGE 138 I 196, E. 4.4.3 S. 201; Vgl. auch schon BGE 137 II 409; ähnlich wiederum der Entscheid betreffend AOC: «[...] l'art. 180 LAgr constitue sans conteste une base légale formelle qui donne de manière générale à la Confédération la compétence de déléguer l'exécution de la loi sur l'agriculture à un organisme extérieur à l'administration.» (BGE 138 II 134, E. 5.2 S. 159).

⁴⁹ «Auf den Grundrechtsschutz kann im Einzelfall – wenigstens bei nicht schwer wiegenden Grundrechtseingriffen – auch verzichtet werden [...]» (BGE 138 I 331, E. 6.1 S. 339).

⁵⁰ So besteht etwa immer ein Anzeigerecht seitens der Behörden, doch ist jeweils im Einzelfall – unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit – zu klären, ob die Anzeige berechtigterweise erfolgt ist (BGE 138 I 331, E. 6.3.2 S. 341).

⁵¹ Zu klären galt es, ob die Pflicht zur Einreichung einer Vollmacht zur Informationsbeschaffung bei Dritten bei der Gesuchseinreichung als verfassungswidrig zu betrachten sei. Das Gericht kam zum Schluss, dass die Erteilung der Vollmacht für den Betroffenen zumutbar und damit die Vollmachtserteilung verfassungsmässig sei (BGE 138 I 331, E. 7.4.3.1 S. 347).

geschützt. Entscheidend war für das Bundesgericht mutmasslich das hohe Interesse an korrekter Ausrichtung der Sozialhilfe:

«Es besteht unzweifelhaft und auch unbestrittenermassen ein erhebliches öffentliches Interesse daran, dass Sozialhilfe nicht aufgrund tatsachenwidriger oder unvollständiger Information zu Unrecht ausgerichtet wird. Dieses Interesse ist nicht nur auf die sorgsame Verwendung der finanziellen Mittel gerichtet. Es liegt vielmehr im berechtigten Interesse der Öffentlichkeit, dass Sozialhilfe nur gestützt auf verlässliche Entscheidungsgrundlagen ausgerichtet wird. Der Wahrnehmung einer korrekten Sachverhaltsabklärung bei der Ausrichtung von Sozialhilfeleistungen kommt denn auch in der Öffentlichkeit eine grosse Bedeutung zu. Dabei geht es auch um die Bewahrung des Vertrauens des Bürgers in den Staat [...]»⁵².

VIII. Abgaberecht

In BGE 138 II 465 hat das Bundesgericht über die Festsetzung des Netznutzungsentgelts entschieden. Das Urteil zeigt in seiner Komplexität die Schwierigkeiten einer neutralen Netzregulierung.

Die Gebühren für Littering können nicht allen Grundeigentümern überbunden werden. Denkbar ist ein solcher Zuschlag nur, wenn «[...] plausibel dargelegt werden kann, dass [gewisse Grundeigentümer] in besonderer Weise zur Entstehung des im öffentlichen Raum beseitigten Abfalls beitragen»⁵³.

IX. Prozessrecht

Im Verfahren der subsidiären Verfassungsbeschwerde muss die Beschwerdeführerin oder der Beschwerdeführer ein rechtlich geschütztes Interesse (Art. 115 lit. b BGG) nachweisen. Dies ist vor allem bei Willkürbeschwerden von Relevanz, da sich hier das rechtlich geschützte Interesse nicht direkt aus dem Grundrecht ergibt, sondern in der Regel im Gesetzesrecht zu suchen ist. Auch in anderen prozessualen⁵⁴ und materiell-rechtlichen Konstellationen⁵⁵

⁵² BGE 138 I 331, E. 7.4.3.1 S. 347; auch in BGE 138 I 256 wertete das Bundesgericht das öffentliche Interesse (öffentliche Sicherheit) höher als das Interesse am Datenschutz (beim Entscheid ging es um die Speicherung von Personendaten im zürcherischen Polizei-Informationssystem POLIS).

⁵³ BGE 138 II 111, E. 6 S. 133; im streitigen Fall stellte das Gemeinwesen 23 Unternehmen eine Abfallgrundgebühr in Rechnung, welche auch die Kosten für «[...] die angemessene Abgeltung für das Wegräumen von Siedlungsabfall aus dem öffentlichen Raum durch andere städtische Stellen [...]» decken sollte (BGE 138 II 111, E. 3.3 S. 115).

⁵⁴ Das Fehlen eines solchen Rechtsanspruches im ausländerrechtlichen Bewilligungsverfahren hat etwa in der Streitsache, welche BGE 133 I 185 zugrundelag, und in

kann das Vorhandensein eines solchen «Rechtsanspruches» von Bedeutung sein.

In BGE 138 I 305 erblickte das Bundesgericht im heutigen Art. 14 BÜG eine solche Norm. Interessant ist die Umschreibung der allgemeinen Voraussetzungen durch das Bundesgericht:

«Die Tragweite respektive der Schutzzweck einer Norm ist nicht ausschliesslich aus dem Willen des Gesetzgebers abzuleiten und oft auch nicht allein aus der einschlägigen Norm, sondern durch systematische Auslegung unter Berücksichtigung des umgebenden Normengefüges und der institutionellen Rahmenbedingungen, wobei Grundrechte insoweit eine verdeutlichende Rolle spielen können [...]. Damit von einer hinreichend konkretisierten Rechtsposition gesprochen werden kann, ist zunächst erforderlich, dass die in Frage stehende Norm nicht nur allgemeinen, sondern auch individuellen Interessen zu dienen bestimmt ist. Umschreibt sodann die Norm die Bedingungen, unter denen ein bestimmter Entscheid zu ergehen hat, genügend konkret, hat der Entscheid bei Erfüllung der Bedingungen so zu ergehen. Er hat den gesetzlichen Normen zu entsprechen. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass hinsichtlich einzelner Bedingungen ein Ermessensspielraum besteht»⁵⁶.

Zusammenfassend geht es um «[...] eine hinreichend klar umschriebene Rechtsposition [...]»⁵⁷. Liegt eine solche vor, besteht ein «Rechtsanspruch» bzw. ein «rechtlich geschütztes Interesse». Interessant ist die Frage, ob der Gesetzgeber bei hinreichend konkreter Umschreibung der Rechtsposition Ansprüche explizit ausschliessen kann, wie er es vielfach im Subventionsrecht tut.

In BGE 138 I 154 hat das Bundesgericht verschiedene Klärungen zwischen dem eigentlichen Replikrecht (i.e.S.) und dem Recht auf Kenntnisnahme vorgenommen. Das Replikrecht ist das Recht zur Stellungnahme auf Noven von Vorinstanz oder Gegenpartei, die prozessual zulässig und materiell ge-

welcher die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 83 lit. c Ziff. 2 BGG ausgeschlossen war, auch das Fehlen der Legitimation zur subsidiären Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung des Willkürverbotes geführt; damit konnte die Verweigerung der Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung nicht vom Bundesgericht überprüft werden (Nichteintretensentscheid).

⁵⁵ Sind beim Gemeinwesen etwa zu wenige oder keine Mittel vorhanden, um eine Subvention – auf welche ein Rechtsanspruch besteht – auszuzahlen, erlischt die Subvention zwar nicht, doch hat sich der Subventionsempfänger mit Verzögerungen und/oder Teil- bzw. Ratenzahlungen abzufinden (STENGEL KARL, Zur Problematik der rechtlichen Ordnung der Subventionen, in: ZBl 89/1988, S. 285-306, S. 299). Vgl. auch §§ 2, 2a u. 3 Staatsbeitragsgesetz Zürich vom 1. April 1990 (LS 132.2) sowie Art. 13 Abs. 1 SuG.

⁵⁶ BGE 138 I 305, E. 1.4.4 S. 311 f.

⁵⁷ BGE 138 I 305, E. 1.4.6 S. 313.

eignet sind, den Entscheid zu beeinflussen; es findet auf alle Gerichts- und Verwaltungsverfahren Anwendung⁵⁸. Das Recht auf Kenntnisnahme verlangt die Zustellung aller Eingaben von Gegenseite und Vorinstanz und die Möglichkeit, darauf zu reagieren; es findet auf alle Gerichtsverfahren (und nur auf diese) Anwendung⁵⁹. In jedem Fall steht die Wahrnehmung der prozessualen Rechte unter dem Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs⁶⁰.

Die Beschwerdelegitimation eines Gemeinwesens vor Bundesgericht wirft regelmässig Fragen auf. Soweit sich dieses nicht auf die besonderen Beschwerderechte nach Art. 89 Abs. 2 BGG berufen kann (Behördenbeschwerde, Autonomiebeschwerde), kommt grundsätzlich das auf Private zugeschnittene Beschwerderecht gemäss Art. 89 Abs. 1 BGG zur Anwendung – ein bei einem relativ jungen Gesetz wie dem BGG eigentlich erstaunlicher Behelf⁶¹. Das Bundesgericht lässt die Beschwerdelegitimation eines Gemeinwesens dann zu, wenn dieses in besonderen hoheitlichen Befugnissen oder wie ein Privater berührt ist, nicht jedoch, wenn es um allgemeine Finanzinteressen geht. In BGE 138 II 506 hat das Bundesgericht seine diesbezügliche Rechtsprechung ausführlich aufgearbeitet⁶². Die Verjährung des Rückerstattungsanspruchs des Kantons für zuvor erteilte unentgeltliche Rechtspflege fällt lediglich unter die allgemeinen Finanzinteressen des Kantons und schafft keine Beschwerdelegitimation⁶³.

«Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht ist ein ordentliches, devolutives und grundsätzlich reformatorisches Rechtsmittel [...]»⁶⁴. Gemäss BGE 138 II 169 hat dies zur Folge, dass auch noch während des bundesgerichtlichen Verfahrens die Verjährung einer Steuerforderung eintreten kann⁶⁵. Das Novenverbot vor Bundesgericht (Art. 105 Abs. 1 BGG) sowie der Umstand, dass der Beschwerde nicht von Amtes wegen aufschiebende Wirkung zukommt (Art. 103 Abs. 1 BGG), ändern daran nichts.

⁵⁸ BGE 138 I 154, E. 2.3.2 S. 157.

⁵⁹ BGE 138 I 154, E. 2.5 S. 158 f.; diese – vom Bundesgericht entwickelte – Praxis wurde nun auch von der neusten Rechtsprechung des EGMR geschützt, vgl. Urteil des EGMR *Joos gegen Schweiz* vom 15. November 2012, Nr. 43245/07; vgl. zum Thema auch KARLEN PETER, Wende, aber kein Schlusspunkt beim Replikrecht, ZBl 4/2013, S. 181 f.

⁶⁰ BGE 138 I 154, E. 2.8 S. 159 f.

⁶¹ Vgl. zum Ganzen PFLÜGER MICHAEL, Die Legitimation des Gemeinwesens zur Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, Zürich/St. Gallen 2013, N 434 ff.

⁶² BGE 138 II 506, E. 2.1.1 S. 508.

⁶³ BGE 138 II 506, E. 2.1.3 ff. S. 510 ff.

⁶⁴ BGE 138 II 169, E. 3.3 S. 171.

⁶⁵ BGE 138 II 169, E. 3.4 S. 173.